

Wendigkeit eines besonderen, Monate nach dem Scheidungsurteil durchzuführenden Sorgerechtsverfahrens verstoßen. Weiter ist hier die — auch im FGB-Entwurf zutage tretende — Tendenz unserer familienrechtlichen Gesetzgebung zu beachten, die bedeutsame Entscheidung, die einem Elternteil die elterliche Sorge vollständig entzieht, den Gerichten vorzubehalten. Auch diese Tendenz würde sich, wie noch zu zeigen ist, bei einer Trennung von Scheidungsurteil und Sorgerechtsentscheidung nicht verwirklichen lassen.

Wenn diese Erwägungen zu dem Schluß führen, daß eine im Eheverfahren selbst zu treffende Entscheidung über die Sorge für das noch nicht geborene Kind für zulässig gehalten werden muß, so spricht für diese Lösung sehr wesentlich auch der Umstand, daß eine Regelung völlig entsprechender Art in anderem Zusammenhang unserem Familienrecht ja wohlbekannt ist. Die Sorgerechtsentscheidung enthält doch die Bestimmung des gesetzlichen Vertreters, und genau dieser Fall, d. h. die Einsetzung eines gesetzlichen Vertreters für ein noch ungeborenes Kind, ist im § 191<sup>1</sup> BGB geregelt, der die Bestellung eines Pflegers für eine Leibesfrucht vorsieht. Es widerspricht also nicht dem System unseres Rechts, Entscheidungen dieser Art schon vor der Geburt eines bereits erzeugten Kindes zu treffen.

Andererseits gibt es gegen diese Lösung auch keine Bedenken in der Richtung, daß im konkreten Fall die Entscheidungsgrundlage für die „vorweggenommene“ Sorgerechtsentscheidung fehlen könnte. Denn diese Grundlage ist ausschließlich die Feststellung der Geeignetheit des einen oder anderen Elternteils, dem Wohl des Kindes am besten zu dienen. Eine solche Feststellung aber läßt sich schon vor der Geburt des Kindes treffen, ja man kann sagen, daß die Entscheidung hier leichter zu treffen ist als in vielen anderen Fällen angesichts der Tatsache, daß sie im Zeitpunkt ihres Praktisiwerdens einen neugeborenen Säugling betrifft. Wenn auch theoretisch die Möglichkeit besteht, die Sorge dem Vater zu übertragen, so werden gerade hier schon ganz außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, um das zu rechtfertigen; in aller Regel wird die Übertragung der Sorge an die Mutter richtig sein.

Als Ergebnis ist zunächst festzuhalten, daß, wenn die Feststellungen im Scheidungsprozeß das Vorhandensein einer Schwangerschaft der Frau ergeben, die Vaterschaft des Ehemannes festgestellt ist und das Verfahren schon vor der Geburt zum Erlaß eines Scheidungsurteils reif ist, die Entscheidung über die Sorge für das erwartete Kind in diesem Urteil zu treffen ist, etwa in der Form, daß „die Sorge für das erzeugte, aber noch nicht geborene Kind der Partei, der Mutter übertragen“ wird. Ein Zusatz „für den Fall, daß es lebend zur Welt kommt“, scheint mir, als selbstverständlich, überflüssig; im Falle einer Fehl- oder Totgeburt wird das Urteil insoweit gegenstandslos

## II

Allerdings enthebt uns dieses Ergebnis nicht der Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit für die Sorgerechtsentscheidung in den Fällen, in denen sie im Eheverfahren nicht getroffen worden ist — sei es, daß sich (wie in dem mir vorliegenden Falle) das Gericht dazu nicht für berechtigt gehalten hat, sei es, daß die Ehefrau eine noch nicht weit vorgeschrittene Schwangerschaft verschwiegen hat, etwa um die von ihr gewünschte Scheidung nicht zu verzögern oder zu erschweren.

Es ist erwogen worden, ob nicht in diesem Falle das Ehegericht nach der Geburt des Kindes in entsprechender Anwendung des § 321 ZPO das Scheidungsurteil zu ergänzen habe. Diese Konstruktion erscheint jedoch äußerst bedenklich. Man könnte allenfalls einräumen,

daß hier ein dem „Übergehen eines Anspruches“ entsprechender Fall insofern vorliege, als das Gericht — nach der oben vertretenen Auffassung — objektiv verpflichtet war, über die Sorge schon im Scheidungsurteil von Amts wegen mitzuentcheiden, wobei auch noch in Kauf zu nehmen wäre, daß im Falle des Verschweigens der Schwangerschaft das Gericht subjektiv darüber gar nicht entscheiden konnte. Aber selbst wenn man sich hinsichtlich jener Voraussetzung des § 321 Abs. 1 ZPO zu einer entsprechenden Anwendung entschließen könnte, so scheidet diese jedenfalls an der Wochenfrist des § 321 Abs. 2 ZPO. Ich habe schon früher (NJ 1958 S. 219) im Zusammenhang mit der Besprechung eines ähnlichen Falles, in dem es um die Möglichkeit einer Ergänzung des Scheidungsurteils durch nachträgliche Anordnung der Zuführung des Kindes ging, darauf hingewiesen, daß eine Erweiterung der Voraussetzungen des § 321 ZPO durch die Rechtsprechung nicht möglich ist. Die Zulässigkeit der Urteilsergänzung ist vom Gesetz bewußt in knappstem Rahmen gehalten worden, um die an sich regelwidrige Wiederaufrollung einer abgeschlossenen Sache vor demselben Gericht zur seltenen Ausnahme zu machen. Die Zulassung einer unbefristeten Ergänzung — mag sie de lege ferenda vielleicht wünschenswert sein — ist jedenfalls vom Standpunkt des geltenden Rechts keine entsprechende Anwendung mehr, sondern die Schaffung eines neuen Prozeßinstituts für die die Rechtsprechung nicht legitimiert ist.

*Scheidet aber eine Urteilsergänzung aus, so entfällt damit jede Möglichkeit, die im Eheverfahren unterbliebene Entscheidung über die Sorge für ein nachgeborenes Kind durch eine gerichtliche Instanz nachholen zu lassen.* Außerhalb eines Eheverfahrens gibt es zur Zeit keinerlei funktionelle Zuständigkeit des Gerichts für irgendwelche Sorgerechtsentscheidungen, soweit es sich nicht um den Fall des § 10 EheVO — Zustimmung des Gerichts zu der vom Rat des Kreises beschlossenen Änderung der im Eheverfahren getroffenen Sorgerechtsentscheidung — handelt.

Damit erhebt sich die Frage nach der Zuständigkeit des Rates des Kreises für den Erlaß der im Eheverfahren unterbliebenen Entscheidung. Es kann nicht verwundern, daß es auch hier Schwierigkeiten gibt, eben weil das Gesetz von der sonst allgemein vorhandenen Zuständigkeit des Rates des Kreises für Sorgerechtsentscheidungen aller Art für den Fall der bei der Scheidung der Eltern notwendigen Sorgeverteilung eine Ausnahme zugunsten der gerichtlicher Zuständigkeit macht, so daß eine den Rat des Kreises in unseren Fällen ausdrücklich für zuständig erklärende Norm nicht existieren kann. Auch die allgemeine Rechtsgrundlage für Sorgerechtsentscheidungen des Rates des Kreises, nämlich § 1666 BGB, versagt in diesen Fällen, da die Voraussetzungen seiner Anwendung in der Regel nicht gegeben sind.

Als Ausweg bietet sich die Möglichkeit der Heranziehung des § 1665 BGB. Diese selten zur Anwendung gelangende Norm hat — in der sich aus Art. 30, 144 der Verfassung ergebenden Form — den Fall im Auge, daß beide Elternteile an der Ausübung der elterlichen Sorge verhindert sind und infolgedessen der Rat des Kreises die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat. Die „Verhinderung“ im Sinne des § 1665 kann sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur sein — und in unseren Fällen liegt eine Verhinderung in beiden Formen vor. Der Vater, der ja im Regelfalle nach der Scheidung mit der Mutter und dem neugeborenen Kinde nicht zusammenlebt, ist aus diesem tatsächlichen Grunde an der Wahrnehmung der Sorge — bei der unter unseren Verhältnissen die Sorge für die Person des Kindes im Vordergrund steht — verhindert. Die Mutter andererseits ist an der wirksamen Sorgewahrnehmung